

QUIÉN PUDIERA SER POSITIVISTA. LOS MODELOS DE CIENCIA JURÍDICA Y EL DEBATE ACTUAL SOBRE EL POSITIVISMO JURÍDICO

Guillermo J. Munné *

RESUMEN

En muchas ocasiones se define al positivismo jurídico según el concepto de derecho, separado de la moral, que sostiene. En este trabajo se afirma que una concepción del positivismo jurídico tan abreviada quita mucho interés a su consideración, puesto que esa tesis es compartida por teorías que presentan significativas diferencias entre sí y que el criterio del concepto de derecho no logra distinguir. El autor entiende que el tema más interesante para discutir sobre el positivismo jurídico es su concepción de la ciencia jurídica, ya que el concepto del derecho es un elemento metodológico de una cierta epistemología jurídica. Los modelos de ciencia jurídica que han defendido los principales teóricos del positivismo jurídico coinciden en exigir que la misma sea sólo descriptiva y apegada a una neutralidad política y moral. En un análisis crítico de estos modelos, el autor concluye que los mismos son impracticables y sus postulados son incompatibles con las importantes funciones sociales que viene cumpliendo la dogmática desde hace doscientos años. Confronta los mismos con las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica de las que se desprende una epistemología jurídica no positivista, demostrando la relevancia de enfocar el tema de la concepción de ciencia jurídica para visualizar las importantes diferencias entre ambos tipos de teorías. En las teorías de la argumentación jurídica se pueden encontrar, a diferencia de lo que sucede con los modelos positivistas, importantes contribuciones para dar mayor solvencia racional a la dogmática jurídica mejorando las condiciones en las que puede seguir cumpliendo sus relevantes funciones sociales.

PALABRAS CLAVE

Epistemología jurídica, ciencia jurídica, teoría del derecho, dogmática jurídica, positivismo jurídico, no positivismo, argumentación jurídica.

SUMARIO

Positivismo jurídico metodológico y dogmática jurídica. Varios modelos en busca de un autor de dogmática. Se necesitan voluntarios. Dogmática jurídica, razonamiento práctico y no positivismo. Bibliografía.

Para Alfonso, por lo aprendido con él

«... la voix s'embrouille et s'étouffe, le maître confus baisse l'index tendu,
tourne le dos au tableau, regarde les élèves qui se tordent
et ne se rend pas compte qu'ils rient si fort ...
Alors, sur ses montants biseautés et si visiblement instables,
le chevalet n'a plus qu'à basculer, le cadre à se disloquer,
le tableau à rouler par terre, les lettres à s'éparpiller ... »
Michel Foucault, *Ceci n'est pas une pipe*.

* Profesor de Teoría del Derecho y de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional del Litoral (Argentina).

Ante la pregunta de por qué el positivismo jurídico se llama de esa manera, hoy predomina la respuesta que apunta al concepto del derecho que propone: derecho es el derecho positivo. En este trabajo me intereso más por otro aspecto del positivismo jurídico: el modelo de ciencia que propone para la dogmática jurídica.¹ En los orígenes del positivismo jurídico su concepción de la ciencia jurídica era vista como parte de su núcleo. El positivismo jurídico adoptó tal nombre, como tendremos oportunidad de comentar, en adhesión al positivismo filosófico cuya preocupación era asegurar el carácter científico de los conocimientos humanos, en especial, los obtenidos por la investigación sobre temas sociales. Según el positivismo filosófico lo que no es científico es metafísico e irracional, estando los investigadores sociales en permanente riesgo contagiar ambas calamidades. El positivismo jurídico se dirige a diseñar un modelo para la investigación jurídica que le permita a la dogmática ser aceptada en la aristocrática mesa de las ciencias. Si el positivismo filosófico invirtió un gran esfuerzo en iluminarle los senderos de la científicidad a las ciencias sociales valiéndose de la lumbre de las ciencias naturales, en el laboratorio del positivismo jurídico se trabajó intensamente en la fabricación de la linterna apropiada para la extraviada dogmática jurídica, a quien sólo teóricos del derecho podrían querer re-encaminar puesto que para los teóricos del positivismo filosófico estaba perdida para siempre.²

¹ En este trabajo utilizaré el sintagma “ciencia jurídica” como sinónimo de “dogmática jurídica”. En lo personal prefiero analizar estos temas llamando solamente dogmática jurídica a la disciplina en cuestión, ya que considero que la calificación de científica de la misma sólo resulta posible a partir de una concepción tan amplia de la ciencia como para incluir a esta disciplina por el hecho de ser un saber racional y sistemático. Pero le asiste razón a quienes, ante las características de la dogmática jurídica, le niegan el carácter de científica. Una de las tesis del presente trabajo es que la dogmática jurídica participa del razonamiento práctico y comparto la postura de quienes reservan la noción de ciencia para las disciplinas que desarrollan un razonamiento teórico. Sin embargo, utilizaré aquí también la denominación de “ciencia jurídica” puesto que es la forma en que se expresan la mayor parte de los textos que son analizados críticamente y no quiero perjudicar mi discurso con permanentes aclaraciones sobre la terminología que utiliza el texto original bajo análisis.

La preocupación sobre el *status* científico de la dogmática jurídica afecta integralmente al desarrollo del positivismo jurídico. Bien en alto lleva el nombre de positivismo en conexión con el movimiento filosófico correspondiente y que sufre de científicismo. Por mi parte me sumo a quienes ven la obsesión por el *status* científico de una disciplina como una estrategia de poder. El carácter científico de una disciplina otorga un importante prestigio a quienes la practican y aumenta las posibilidades de avanzar en las instituciones universitarias y organismos científicos, avance que incluye el problema del poder en la gestión institucional y los recursos económicos disponibles para el desarrollo de la actividad en cuestión. En tal sentido, la pugna por hacer que la dogmática sea admitida a jugar en el grupo de las ciencias, excede lo que Nino explica por el “... anhelo de apropiarse del rótulo laudatorio ...”, el propósito mayor de “... atraer para la actividad del jurista el halo de prestigio y aprobación que rodea a toda actividad que puede designarse con la palabra “ciencia”, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª. ed. ampliada y revisada, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 320. Además de la ambición de laureles hay una apenas disimulada mirada dirigida al podio en que se entrega el trofeo y a la bolsa que lo acompaña.

² El positivismo filosófico, que informó al positivismo jurídico, produjo una estéril epistemología de las ciencias sociales por alimentar lo que Giddens ha llamado el “naturalismo”, es decir, una reduccionista importación a las ciencias sociales de la teoría de la ciencia construida para las ciencias naturales. En este movimiento no tomaron un poco en cuenta alguna de las más notorias diferencias entre uno y otro tipo de investigación, como el objeto de estudio: el mundo físico, en un caso, el mundo cultural, en el otro. Soy de los que creen que los métodos de investigación aplicados a los minerales no producen resultados muy significativos cuando se los quiere aplicar en el estudio, por ejemplo, de los partidos políticos. Pero el positivismo jurídico contemporáneo, tampoco parece tomar debida cuenta de la crisis que desde hace varias décadas afecta a la epistemología neopositivista de las ciencias naturales. Respecto de las mismas ciencias naturales resulta ya problemático postular una ciencia descriptiva y valorativamente neutral. Las implicancias de esta situación es señalada en los trabajos de Vittorio Villa, así en *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Giuffrè, Milano, 1984, y *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1993. En las ciencias naturales también se reconoce la inevitable presencia de una dimensión valorativa y prescriptiva, tanto en la construcción de conceptos y de teorías, como en las estrategias de investigación empírica.

No obstante las importantes diferencias que presentan los distintos modelos de ciencia jurídica que han defendido los teóricos del positivismo jurídico, es posible reconocer aquello que tienen en común. Lo propio del positivismo jurídico es una concepción de la dogmática jurídica como disciplina descriptiva, que debe atenerse a una neutralidad valorativa frente a su objeto y que, en tal sentido, permanece autónoma frente a la moral y la política. En el presente trabajo queremos poner en relación esta idea del positivismo jurídico con las que se sostienen en las más recientes teorías de la argumentación jurídica.

Las teorías de la argumentación jurídica, que tuvieron especial impulso en las últimas décadas, toman como punto de partida la práctica efectiva de los especialistas en dogmática jurídica para, luego, producir aportes teóricos sobre la posibilidad de llevar adelante esa práctica de manera más coherente y racional. Es común entre estas teorías vincular al razonamiento jurídico con el discurso político y moral, en conflicto con la concepción positivista de la dogmática referida en el párrafo anterior. Por ello los autores que han desarrollado teorías de la argumentación jurídica pueden, en general, ser llamados no positivistas. Sus contribuciones apuntan a un modelo de dogmática jurídica que no sólo es muy distinto de la concepción positivista, sino que también parece mucho más adecuado para que la dogmática no tenga que renunciar a cumplir la importante función que desempeña en el derecho de la modernidad. La dogmática jurídica se dirige a los jueces y demás operadores del derecho, proponiendo soluciones jurídicamente correctas para casos relevantes. El positivismo jurídico le niega esta actividad al dogmático por exceder el conocimiento descriptivo del derecho que le recomienda. La labor práctica de solución de problemas jurídicos no es aceptada por el positivismo porque no sería susceptible de racionalización. Cuando un autor reconoce la importancia de que la dogmática jurídica se ocupe de ofrecer posibles soluciones jurídicas racionalmente justificadas para casos conflictivos, está dejando de lado la concepción de la dogmática propia del positivismo jurídico, aunque el autor en cuestión así no lo reconozca.

Positivismo jurídico metodológico y dogmática jurídica

Actualmente, como antes indicamos, resulta muy extendida la idea según la cual la manera más adecuada de entender al positivismo jurídico es identificándolo con la tesis de que no existe relación conceptual entre derecho y moral. Esta tesis de la separación entre derecho y moral sería la propia por lo menos del positivismo jurídico entendido como método y de ella se sigue que el derecho puede ser descrito sin recurrir a valoraciones morales.³ En mi opinión la comprensión del positivismo jurídico como método requiere no sólo tener en cuenta el concepto de derecho separado de la moral sino también la concepción de la dogmática jurídica para la que esto se propone como un criterio metodológico.

³ En tal sentido, por ejemplo, GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 56.

La relevancia que tiene cierto tipo de modelo de dogmática jurídica en el positivismo jurídico entendido como método muchas veces no es tenida en cuenta en la actualidad, por lo cual parece no querer considerarse a qué fines se propone el concepto de derecho. Sin embargo, esa significación de la concepción de la ciencia jurídica resulta clara si recurrimos a los trabajos de un autor como Bobbio, absolutamente paradigmático a la hora de caracterizar al positivismo metodológico. Según Bobbio el positivismo como modo de acercarse al estudio del derecho corresponde a la definición del punto de partida más apto para la elaboración de la ciencia jurídica y la teoría general del derecho. El *approach* positivista, para Bobbio, puede ser formulado de la siguiente manera: partir del derecho tal como es, y no del derecho que debe ser, sirve mejor al fin principal de la ciencia jurídica que es el proporcionar esquemas de decisión a la jurisprudencia y elaborar un sistema de derecho vigente.⁴ Lo que hace el positivismo metodológico con su concepto de derecho como derecho positivo es fijar el único objeto de estudio que debe tener la jurisprudencia como ciencia.⁵ Este *approach* positivista es común al normativismo y al realismo, y se sostiene en la idea de que en la investigación científica se debe deponer de los juicios de valor.⁶ El positivismo metodológico no sólo se caracteriza por dirigirse al derecho como hecho histórico y social, sino también por estudiarlo con método científico, entendiendo que esto exige prescindir de todo juicio de valor. De ahí que, como he adelantado, el positivismo metodológico pueda ser vinculado con el positivismo filosófico: "... se puede decir, en realidad, que lo propio del positivismo jurídico en esta acepción es la adopción del método *positivo* para el estudio del derecho *positivo*. En esta frase el término "positivo" aparece dos veces, la primera en el sentido de positivismo filosófico, la segunda en el sentido de positivismo jurídico".⁷ El *approach* positivista, entonces, permitiría que la ciencia jurídica se presente como no valorativa, neutralidad de la que depende que la tarea del jurista cuente con bases sólidas y pueda considerarse científica.⁸ Estas características del positivismo jurídico como método estructuran el pensamiento de los principales autores positivistas del siglo XX que se ocuparon de elaborar un modelo de dogmática jurídica.⁹

⁴ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdéz, Fontamara, México, 1992, pp. 49 y 59.

⁵ Ibidem, p. 88.

⁶ Ibidem, p. 59.

⁷ Ibidem, p. 83.

⁸ Ibidem, pp. 84 y s.

⁹ Los teóricos que son objeto de mi comentario se encuentran entre las expresiones más destacadas del positivismo jurídico en el siglo anterior: H. Kelsen, N. Bobbio, A. Ross, C. Alchourrón y E. Buligyn. No incluyo al otro gran representante del positivismo jurídico, H.L.A. Hart por no haberse ocupado de desarrollar una epistemología jurídica. No obstante, Hart coincidía plenamente con la idea de una teoría del derecho descriptiva y valorativamente neutra. *The Concept of Law* (1961) está dedicado principalmente a brindar una concepción positivista del derecho separado de la moral. Pero en el "Postscript" de 1993, incluye un apartado titulado "The Nature of Legal Theory" en el que caracteriza su obra como el intento de lograr una teoría del derecho positivista en tanto resulte descriptiva y moralmente neutra. Rechaza la teoría de Ronald Dworkin por ser interpretativa y parcialmente evaluativa. Aunque jueces y abogados puedan plantearse cuál es la interpretación que se sigue de los principios que brinden una mejor comprensión y justificación de las leyes positivas, ésta es una cuestión interpretativa y evaluativa que no tiene por qué ser asumida por el punto de vista externo del teórico. "La descripción debe seguir siendo descripción, aún cuando lo que se describa sea una evaluación", *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 244, la traducción es mía.

Hans Kelsen considera que la ciencia jurídica, para ser ciencia deber ser una descripción del derecho. El más importante texto producido por el positivismo jurídico, se cierra con una rigurosa preceptiva para los dogmáticos diferenciando sus tareas científicas de las de carácter político, en lo que refiere a la interpretación del derecho. La interpretación científica no puede hacer otra cosa que exponer los distintos significados posibles de una norma jurídica, inclusive aquellos políticamente indeseados. En tanto "... conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas ...".¹⁰ El jurista que caracteriza a una determinada interpretación como la "correcta", advierte Kelsen, "... no cumple una función científico jurídica, sino una función jurídico-política."¹¹ Kelsen es enfático en su rechazo por la práctica que observa en los juristas, tan apartadas de esta preceptiva, cuando pretenden –mídase el tenor de la conducta amonestada– defender una propuesta de solución como jurídicamente "correcta". La gravedad que le confiere Kelsen a esta situación se advierte en la terminología religioso-moralista con la que estructura su obra: la ciencia jurídica está impura y debe ser purificada. Una de las purificaciones que resulta necesaria, predica Kelsen, es la purga de valoraciones morales o ideológicas, y no sería extraño que se sintiera escandalizado cuando, en el apartado inicial de su obra, titulado "La pureza", comprobaba que "... la consideración de la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desarrollado en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente qué lejos esa ciencia ha estado de satisfacer la exigencia de pureza."¹² Como suele suceder con las admoniciones purificadoras, Kelsen obtuvo más arrepentimientos retóricos de sus amonestados que cambios de sus conductas reales. No obstante el amplio predicamento del que gozó la *Teoría pura del derecho*, los juristas siguieron cumpliendo, sin contar con una teoría apropiada, la importante tarea de no limitarse a considerar las posibles soluciones a un caso sino también desarrollar argumentos a favor de la que encontraban preferible.¹³

Desde el realismo escandinavo, Alf Ross propone para la ciencia jurídica una tarea descriptiva de hechos sociales vinculados a la actividad de los tribunales. También en Ross, el concepto positivista de derecho se pone en relación con la metodología positivista que reclama para la ciencia jurídica. El derecho equivale a las directivas jurídicas que toman en cuenta los tribunales para la resolución de las controversias que se les someten. La tarea de la ciencia jurídica es, según este teórico danés, establecer predicciones acerca de

¹⁰ KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p. 356.

¹¹ *Ibidem*. Por supuesto que Kelsen también condena a vivir fuera del mundo científico al jurista que pretenda colmar una de las llamadas lagunas del derecho. Ello es una función de creación del derecho que desborda el carácter cognoscitivo de la pura interpretación científica. Kelsen distingue fuertemente, algo que lamentablemente no lo hacen adecuadamente los positivistas de la actualidad, la interpretación de los científicos del derecho frente a la de los órganos jurisdiccionales. Es a estos últimos que les corresponde colmar las llamadas lagunas, produciendo nuevo derecho, y adoptar una interpretación de las distintas posibles en relación a cierta norma. Estas funciones exceden la interpretación científica del derecho válido.

¹² *Ibidem*, p. 15.

¹³ El principal provecho que sacaron muchos juristas de su declamado kelsenianismo, ha sido hacer pasar como rigor purista en lo metodológico su ignorancia sobre toda área de la cultura que exceda la propia dogmática: sociología, economía, teoría política, filosofía, literatura, etc. Entre sus notorias faltas de lectura se encuentran los trabajos del propio Kelsen, quien fue uno de los principales intelectuales de su tiempo, con amplia versación en todas esas áreas.

las directivas jurídicas que probablemente aplicarán los jueces. La metodología en la que deben entrenarse los juristas, de acuerdo a Roos, debe recurrir a técnicas como las utilizadas por la sociología o la psicología, a fin de alcanzar la mayor certeza en los juicios de probabilidad que se hagan sobre las futuras decisiones judiciales.¹⁴ Podemos llamar “modelo astrológico” a esta concepción de la ciencia jurídica ya que la dogmática queda convertida en una ciencia de predicciones. Alf Ross no asertó a predecir la poca fortuna que tendría su propuesta. La formación y la práctica de los juristas, en una actitud que no carece de realismo, se mantuvo bien alejada de las técnicas de investigación empírica, propias de las ciencias sociales en las que Ross se basaba.

En los primeros pronunciamientos de Norberto Bobbio sobre el modelo que recomendaba para la ciencia jurídica, se concibe a la dogmática como análisis del lenguaje del legislador. Nuevamente el concepto positivista de derecho es una herramienta puesta en función de una concepción positivista de la ciencia jurídica. Bobbio encontraba la importancia del positivismo normativista en que, al delimitar el objeto de la ciencia jurídica, excluye la inspiración ético-política del iunaturalismo y el estudio de los hechos, propio de la sociología.¹⁵ El jurista, respetando los límites del análisis del lenguaje, debe cumplir con las siguientes operaciones: a) *purificación*, que es hacer más riguroso el lenguaje del legislador (establecer el significado de las palabras, fijar el conjunto de reglas que determinan el uso de una cierta palabra, es decir, brindar conceptos); b) *integración*, que es completar lo más posible el lenguaje del legislador; y c) *ordenación*, que es reducir a sistema el lenguaje del legislador.¹⁶ Bobbio, que por algo elogiaba la templanza, supo expresar posteriormente su insatisfacción respecto de esta concepción suya de la ciencia jurídica como de los demás modelos positivistas que buscan cambiarle la vida al jurista. En un agudo trabajo de 1967, considera todas estos productos de las factorías positivistas, como una “metajurisprudencia prescriptiva” que no presta mucha atención a la práctica real de los dogmáticos sino que les prescribe la adopción del ideal positivista de una ciencia jurídica puramente descriptiva. Es la metajurisprudencia, sugiere Bobbio, cuya vocación es prescribir describir.

Tampoco resulta difícil ubicar dentro de este horizonte de ideas al modelo axiomático desarrollado por Alchourrón y Bulygin. La ciencia jurídica, indican desde Buenos Aires a los juristas, debe cumplir una tarea *empírica* de establecer la base de enunciados jurídicos para el sistema axiomático, lo que no es otra cosa que determinar cuáles normas jurídicas están vigentes. Luego será el turno de las operaciones *lógicas* de sistematización. Aplicando las reglas de inferencias de carácter lógico necesario y no reglas contingentes ad hoc, el jurista debe derivar las consecuencias lógicas de la base del sistema. Allí se harán visibles defectos lógicos del sistema como lo son las lagunas normativas, contradicciones y redundancias. Los dogmáticos deben brindar a los operadores del derecho una presentación sistemática del ordenamiento

¹⁴ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

¹⁵ BOBBIO, Norberto, “Ciencia del derecho y análisis del lenguaje” en *Contribución a la teoría del derecho*, ed. y trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 183. En este trabajo, Bobbio adelanta las ideas que desarrollará en su *Teoría della scienza giuridica*, de 1950.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 184 y ss.

jurídico en la que se hayan eliminado los defectos lógicos y se alcance una base de enunciados más económica, reduciendo distintos enunciados en uno más general que los reemplace sin alterar sus consecuencias lógicas.¹⁷ El sistema es axiomático porque a partir de una base de enunciados jurídicos se tienen que deducir soluciones como aquellas establecidas por el derecho para cierto tipo de casos.

La reformulación del sistema que deben cumplir los juristas consiste en cambiar la base por otra más reducida y general, pero normativamente equivalente. Los científicos del derecho ofrecen una contribución teórica sobre la presentación del derecho, pero no pueden modificarlo porque eso transgrediría la función cognoscitiva de la ciencia al invadir el terreno de la creación del derecho, que es función política que compete al legislador. Es cierto, que el derecho se formula en lenguaje ordinario, cuyos términos presentan problemas de vaguedad. Ante ello Alchourrón y Buligyn encuentran que no se puede resolver por medios puramente racionales la cuestión de saber si un determinado enunciado jurídico tiene o no tales consecuencias. En estas situaciones, indica el modelo axiomático, reiterando la idea que encontramos en Kelsen, todo lo que puede hacer el científico, en cuanto tal, es señalar las posibles alternativas y las consecuencias de cada una de ellas dejando a la decisión de las autoridades competentes la elección de una u otra.¹⁸ Como muchas veces sucede con el positivismo jurídico, los postulados epistemológicos se mezclan con motivaciones ideológicas. En sede de epistemología jurídica, la única razón por la que cabría desaconsejar la defensa de una opción interpretativa del jurista sería porque tal defensa no podría ser racionalmente justificada, de acuerdo a las premisas positivistas. Nada tiene que hacer allí el respeto a la “función del legislador” o a la decisión “de las autoridades competentes” porque ello es parte del ideario de un derecho creado sólo estatalmente, que es una aspiración de tipo político y no de carácter epistemológico.¹⁹

Alchourrón y Buligyn reconocen que no pretenden tomar en cuenta la prácticas vigentes de los juristas, siquiera para una labor reconstructiva, sino hacerles visible el ideal de ciencia que tácitamente comparten con los demás científicos. En apoyo a su desinterés por la manera que efectivamente operan los dogmáticos, esta prolífica pareja de autores convoca a Carnap, Reichenbach y Popper, ya que la metodología, aducen, no se ocupa de los procesos psicológicos que ocurren en la mente del científico, propios del contexto de descubrimiento, sino de los procedimientos lógicos para que el científico pueda justificar sus aserciones, esto es, del contexto de

¹⁷ ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974., pp. 118 y ss.

¹⁸ *Ibidem*, p. 122.

¹⁹ Lo que sucede en ese pasaje de Alchourrón y Buligyn es la plena visibilidad de la presencia de valoraciones por parte de los teóricos positivistas desde los aspectos más básicos de formación de sus teorías. Es lo que sostiene Vittorio Villa diciendo que en la teorías científicas, aún en de las ciencias naturales, los valores se presentan en la opciones y estrategias de construcción de conceptos y líneas de investigación. En su análisis de la teoría kelseniana, encuentra la defensa de los valores de la certeza y la igualdad como determinantes de la concepción normativista de Kelsen; *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo cit.*, pp. 240 y ss.

justificación.²⁰ Hay que conceder a los profesores porteños que ellos procedieron a probar en pista el modelo antes de ofrecerlo al público. En su libro dedican varias e importantes páginas a la aplicación de su modelo en el análisis de disposiciones sobre acciones reales dentro el Código Civil de Argentina. Claro que desarrollan esta aplicación de su propuesta respecto de tan sólo dos artículos, 2.777 y 2.778, de un Código que, aún con la totalidad de sus más de 4.050 artículos, ocupa una porción bastante pequeña de la extensa “base de enunciados jurídicos” con las que habría que construir el “sistema axiomático” para el derecho argentino. No conozco pruebas de mayor alcance del prototipo axiomático.²¹

Varios modelos en busca de un autor de dogmática. Se necesitan voluntarios

Fuera de la concepción descriptivista y valorativamente neutral de la ciencia, si hay algo que tienen en común los modelos positivistas de dogmática presentados en el apartado anterior es su probada esterilidad. No obstante todos los años transcurridos desde que los teóricos positivistas salieron de sus gabinetes con el grito de “Eureka” dando a conocer sus respectivos modelos para que la dogmática pudiera lucir como una elegante ciencia, me atrevo a señalar que no se ha completado una etapa clave en el desarrollo de estas invenciones: la prueba en humanos.

No es difícil darse cuenta por qué los dogmáticos se mantuvieron inmunes a las sanaciones positivistas. Los artificiosos constructos que la epistemología del positivismo jurídico fue pergeñando, sólo pueden ser llevados adelante abandonando la función que socialmente siempre se espera de los dogmáticos: analizar sí el derecho vigente, pero como punto de partida para proponer soluciones jurídicamente plausibles a problemas de interpretación o de aplicación que se adviertan. La incompatibilidad entre los modelos positivistas y las exigencias en el terreno de aplicación del derecho, no sólo se dan por la abstención descriptivista que recomiendan los autores comentados. Tampoco parecen superables las dificultades prácticas de aplicar de manera consecuente cualquiera de estos modelos en las extensas y enmarañadas ramas del derecho contemporáneo.

Tratemos de tomarnos en serio la sugerencia de Kelsen para los dogmáticos: para ser científico hay que exponer todos los significados posibles de una norma jurídica, aún aquellos políticamente indeseables, sin adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas. La exigencia de ser exhaustivo en la presentación de todas y cada una de las opciones interpretativas es una coherente con el mandato de mantenerse neutral ante las mismas. Jerarquizar las opciones interpretativas entre más o menos atendibles, más o menos interesantes, es ya salirse de la neutralidad exigida. Antes que darle poco espacio a cierta posibilidad interpretativa, sólo porque se

²⁰ *Ibidem*, pp. 112 y 136. En esta orgullosa confesión de la indiferencia por la secular forma de trabajo de la dogmática, se marca en forma directa la adhesión del positivismo jurídico a los postulados del positivismo filosófico.

²¹ A Enrique Marí le gustaba recordar la ironía de Adam Schaff sobre las exageraciones del empirismo lógico: construyen enormes grúas lógicas para levantar guijarros al alcance de la mano, *Neopositivismo e ideología*, Eudeba, Buenos Aires, 1974, p. 70.

no antoje infructuosa, es peor discriminación no exponerla. Es así que el immaculado jurista de Kelsen se ve condenado a un padecimiento similar al que aquejaba al protagonista de “Funes el memorioso” de J. L. Borges. Irineo Funes no podía jerarquizar sus recuerdos ni discriminar ninguno de ellos para enviarlo al olvido, permanecía, así, en la constante memoria de lo complejo y lo nimio, lo lejano y lo inmediato, lo trágico y lo estúpido. El puro científico kelseniano se verá atrapado en la aplastante exposición de todas las posibilidades interpretativas de cada disposición jurídica, por anodina que le parezca la opción interpretativa o irrelevante que se le antoje la disposición misma. Siempre exponer, nunca valorar. Si, gracias en buena medida a los aportes del propio Kelsen, se sabe que toda norma jurídica, por simple que sea, constituye un marco para diversas posibilidades interpretativas, imagínese lo voluminosa que resultará la exposición de todas y cada una de las posibilidades interpretativas de un reglamento de tránsito de cierta ciudad. Pues esa representación es nada frente a la fantasía de un tratado de derecho constitucional perpetrado por un monasterio de juristas kelsenianos libres de distracciones y pensamientos impuros.

Alchourrón y Buligyn mantienen para el dogmático con vocación de científico la misma exigencia kelseniana de no callarlo nada. Pero como tarea complementaria le aconsejan aumentar el rigor de su exposición, formalizando en el lenguaje técnico de la lógica deóntica el desarrollo de cada alternativa posible para un enunciado y “... las consecuencias de cada una de ellas ...”, agregan.²² En la prueba que practicaron con dos artículos del Código Civil argentino cumplieron con la idea de la formalización, pero no se puede decir que hayan sido neutrales mediante una exhaustiva exposición de las diferentes posibilidades interpretativas de los enunciados jurídicos bajo análisis, siquiera aproximadamente. Se entiende, ese equipo siempre fue sólo una pareja y algún condicionamiento de la editorial puede haber intervenido para que no se decidieran a ampliar el experimento a, digamos, una sección de un título de un libro del Código Civil argentino.

Ahora, tomemos en cuenta la invitación de Alf Ross para que el jurista se aplique al trabajo de campo de la investigación social, validando con metodología sociológica cada predicción que haga sobre las directivas jurídicas que aplicarán los tribunales. Hasta donde llega mi conocimiento, la sociología jurídica ha producido importantes trabajos de campo sobre temas del derecho bien acotados. Cuánta tendría que ser la cantidad de esfuerzo intelectual y recursos económicos a invertir para llegar a contar con predicciones actualizadas sobre ramas enteras del derecho vigente. Y luego de eso, sólo se tendría, sólidamente respaldada sin duda, una descripción del derecho vigente, sin ningún avance en la superación de problemas de interpretación o aplicación. Nino se ocupaba de destacar lo insatisfactorio que resultarían los resultados de una investigación a la manera de este positivismo, ya que “... la tarea de determinar qué normas jurídicas están vigentes –que es, según Ross, la actividad central de la ciencia jurídica- no la realizan de hecho, salvo cuando hay alguna dificultad especial, los teóricos del derecho, sino los editores de las publicaciones especializadas en las que aparecen tales normas. De modo que,

²² ALCHOURRÓN, C. y BULIGYN, E., *Introducción a la metodología ...* cit., p. 122.

paradójicamente, cuanto más se aproximara la dogmática jurídica a algunos de los modelos de actividad científica frente al derecho que se han propuesto, menos proclives estaríamos a considerarla una verdadera ciencia.”²³ No puedo evitar relacionar esto con lo que decía Kant: “Una doctrina jurídica únicamente empírica es (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso.”²⁴

Observando un poco de cerca los vistosos modelos de la epistemología jurídica positivista, se obtienen dos impresiones. De poder ser utilizados, sus resultados serían muy poco significativos. Adicionalmente, son dificultosamente ejercitables en las condiciones de vida terrestre hasta hoy conocidas. Lo que se dice, un esfuerzo digno de mejor empresa. Con esa combinación de virtudes, no me puede sorprender que desconozca una obra dogmática de relevancia que supere los exigentes test de este positivismo jurídico. La sola tesis del concepto de derecho separado de la moral me parece una tesis tan mínima como para justificar la expresión que suele dejar caer los positivistas en estas discusiones: “En la práctica somos todos positivistas.” Pero la epistemología jurídica del positivismo, que constituye un aspecto mucho más específico del mismo, ofrece modelos tan impracticables de ciencia jurídica que justifica una paráfrasis de aquella expresión: en la práctica nadie es positivista. Esa singular combinación de irrelevancia e irrealizabilidad, como virtudes que adornan la epistemología jurídica del positivismo, podría haber invitado a una actitud más respetuosa de estos investigadores respecto a la dogmática realmente existente, ya que otra característica en común que tiene esta corriente son sus juicios despectivos contra los dogmáticos a los que pretenden redimir purificándolos, convirtiéndolos en psico-sociólogos o sustituyendo su idioma de origen por el de la lingüística o el lenguaje formal de la lógica deóntica.²⁵ La venganza risueña del amonestado ha sido siempre la de guardar una silenciosa mirada de perplejidad frente a la aparatosa exposición del predicador. El sólo peso de estas magistrales lecciones sin más apoyo que el sonriente silencio de los aleccionados hace trastabillar al profesor predicante frente a toda la clase.

²³ NINO, C. *Introducción al análisis ...*, p. 342, entre guiones en el original.

²⁴ KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1998, p. 38.

²⁵ Un ejemplo totalmente contemporáneo de este tipo de gestos de los autores positivistas, lo encontramos en Riccardo Guastini cuando cierra un capítulo, dedicado a modelos epistemológicos para la ciencia jurídica, con un apartado al que titula “Juristas sin ciencia” cuyas líneas finales expresan que “... parece natural decir que los juristas omiten comportarse como científicos (en el sentido común del término) y se comportan como fuentes del derecho. Bajo esta perspectiva, no parece ser adecuado para la jurisprudencia el noble nombre de “ciencia” del derecho, ya que es indistinguible de la política del derecho”; *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 274. Guastini repite así todos los elementos de la escena positivista que venimos comentando: ser positivista en derecho implica defender un modelo de ciencia del derecho que postula una tarea descriptiva y avalorativa para el jurista, los juristas no hacen caso de ello y por eso no sólo no son científicos sino que también merecen una descalificación. En este pasaje de Guastini se les advierte a los juristas que no corrompan con política el “el noble nombre de la ciencia”. Allí mismo Guastini trae en su apoyo la obra de Kelsen sobre *La teoría general del derecho y el materialismo histórico* (1931) cuando el profesor austríaco acusa a los juristas de no aceptar “... el muy modesto rol de expresar en conceptos y sistematizar el derecho positivo ... en contradicción con el principio del positivismo jurídico, reconocido –al menos hasta hace poco– por la moderna ciencia del derecho.” Lo hacen, dice Kelsen citado por Guastini, “... la función ideológica de la anulación de la línea divisoria entre derecho y teoría del derecho, entre el objeto y su conocimiento”. Luego de casi setenta años Guastini reitera con Kelsen que la ciencia del derecho, si quiere ser ciencia y moderna, debe ser descriptiva y valorativamente neutra.

La revisión que Bobbio hizo de su postura resulta aleccionadora. En lugar de la imposición de un ideal positivista de ciencia (metajurisprudencia prescriptiva), Bobbio observa a fines de los 60s un pospositivismo que reflexiona teóricamente sobre la práctica real de los juristas (metajurisprudencia descriptiva), descubriendo la práctica valorativa de los dogmáticos, la función prescriptiva del jurista en la sociedad. “De tal manera –subrayaba– se ha producido un intercambio completo de papeles. Mientras la metajurisprudencia positivista encontró su vocación, como ya se ha dicho, en prescribir describir, la metajurisprudencia actual, al realizar su propia vocación de describir, descubre que la jurisprudencia no describe, sino que prescribe.”²⁶ En ese pospositivismo que vislumbraba Bobbio cabe incluir a las teorías de la argumentación jurídica que en tuvieron especial impulso en el último cuarto del siglo pasado y que, a mi entender, están en mejores condiciones de optimizar teóricamente la práctica efectiva de la dogmática sin que ésta sea forzada a desatender ninguna de las importantes funciones sociales que ha cumplido en los sistemas jurídicos modernos, sino llevándolas a cabo con mayor racionalidad de tipo práctico.²⁷

Dogmática jurídica, razonamiento práctico y no positivismo

En tanto los juristas no renuncien a la tarea de proponer soluciones jurídicas para determinados casos, no pueden prescindir de los juicios valorativos que los modelos positivistas de ciencia jurídica pretenden excluir. La

²⁶ “Ser y deber ser en la ciencia jurídica” cit., p. 205. Según Bobbio, es propio de la teoría positivista establecer una separación clara entre la investigación de *iure condito* (lo que se ha llamado determinación) y las propuestas de *iure condendo* (lo que se ha llamado revisión). “También aparece hoy cada vez más desenfocado el criterio de distinción más utilizado para diferenciar los dos momentos de la determinación y la revisión, es decir, el criterio basado en la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor: **juicios de valor, ..., se precisan en todas las fases de la investigación del jurista y no sólo en aquella en la que, al ponerse fuera del sistema concreto, propone nuevas reglas para un sistema nuevo**”, pp. 207 y s., destacado mío.

²⁷ No me puedo ocupar aquí de los aportes de las corrientes de crítica jurídica que han llevado adelante el mejor análisis de las vinculaciones que tiene el discurso jurídico, incluido el de los positivistas, con la ideología, la política y los intereses sectoriales y de clases. Nos estamos refiriendo a los investigadores que en América Latina (Enrique Marí, Alicia Ruiz, Carlos Cárcova, Ricardo Entelman, Cristian Courtis, Lucía Aseff, César Rodríguez, Oscar Correas, José E. Faria, Luis Alberto Warat, Antonio C. Wolkmer, Willis Guerra Filho, etc.), Europa (Boaventura de Souza Santos, Pierre Legendre, Francois Ost, Michael Van de Kerchove, André-Jean Arnaud, Michel Miaille, Antoine Jeammaud, etc.) y EEUU (Duncan Kennedy, Roberto M. Unger, Robert Gordon, Morton Horwitz y el conjunto del movimiento de *Critical Legal Studies*). Desde estas corrientes se han producido diversos trabajos sobre la teoría y la dogmática jurídica: MARÍ, Enrique, “Moi, Pierre Riviere ...” y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales” en AA.VV., *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982, pp. 53-82; ENTELMAN, Ricardo, “Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico” en AAVV, *El discurso jurídico ...* cit., pp. 83-109; ASEFF, Lucía, “Sobre la ciencia del derecho” en *La interpretación de la ley y otros textos críticos de teoría general*, Juris, Rosario, 2004, pp. 1-21; ASEFF, Lucía, *Argumentación jurídica y semiósis social*, Juris, Rosario, 2003; GUERRA FILHO, Willis, *Teoría da ciencia jurídica*, Saravia, Sao Paulo, 2001; CORREAS, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, 87-111; OST, Francois y KERCHOVE, Michel van de, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, capítulos I y III; UNGER, Roberto Mangabeira, *What Should Legal Analysis Become?*, Verso, London-New York, 1996. KAIRYS, David, “Legal reasoning” en KAIRYS, D., *The Politics of Law*, Pantheon Books, New York, 1982, pp. 1-17. A diferencia de las teorías de la argumentación jurídica que comentaremos, en las corrientes críticas se advierte la falta de una teoría justificatoria de los principios políticos y de justicia implícitos en sus análisis críticos. Esta falta es en buena medida legado del padre, esto es, Karl Marx, teniendo en cuenta que son autores marxistas o posmarxistas, en cuyo pensamiento se ocultaban los principios de justicia implícitos en su tarea crítica bajo una filosofía de la historia o una conceptualización económica que no reconocía su carácter normativo.

determinación de los materiales jurídicos relevantes para la solución de determinado tipo de casos, la asignación de cierto significado a tales materiales, la superación de los problemas de indeterminación semántica, lagunas y contradicciones, etc, están regidas por valoraciones que los juristas efectúan aunque no sean explicitadas y se las pretenda encubrir como un discurso descriptivo o de solo análisis conceptual. Las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica²⁸ toman en cuenta esta práctica de la dogmática jurídica y proponen hacer explícito el carácter práctico y justificatorio del discurso de los juristas, para reconstruirlos normativamente y permitirles cumplir en mejor modo las exigencias de ese tipo de racionalidad, asumiendo, a la vez, las conexiones que de esta manera el discurso jurídico traba con la política y la moral. Estas teorías tienden a ser no positivistas²⁹ tanto respecto del concepto de derecho como respecto de su epistemología jurídica. El carácter no positivista de estas teorías es más claro en relación a este último tema, es decir, la concepción de la dogmática jurídica y es el que encuentro más interesante. Como ya dije, coincido sin objeciones con el concepto de derecho de los positivistas pero no me identifico con esa denominación, justamente, porque disiento absolutamente con su epistemología jurídica.

Los positivistas que critican estas teorías suelen verlas principalmente como modelos de discurso judicial, sin tomar debidamente en cuenta las implicancias que las mismas tienen para la epistemología jurídica y el desafío que plantean a la idea del positivismo metodológico de una ciencia jurídica descriptiva y valorativamente neutral. Llama la atención que los críticos del no positivismo pasen por alto sus contribuciones para la dogmática jurídica como saber racional a pesar del lugar relevante que la cuestión ocupa en varias de estas teorías no positivistas.³⁰ Por otra parte, la concepción del discurso

²⁸ Hablo principalmente de las que desarrollan Robert Alexy, Neil MacCormick, Alexander Peczenik, Aulis Aarnio y que responden a lo que Atienza llama "teoría estándar de la argumentación jurídica", *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. En esta obra se brinda un completo análisis del contenido de esas teorías, cuestión de la que no me puedo ocupar dentro de los límites de este trabajo.

²⁹ A diferencia del iusnaturalismo, las concepciones teóricas a las que me refiero participan del pensamiento posmetafísico. Esto es, no admiten la justificación de principios morales en base a fuentes extramundanas. No se apoyan en mandatos divinos, ni en una esencia de las cosas o en una esencia del hombre, como razones que fundamenten sus premisas morales y políticas. Por eso sigo aquí la terminología de no positivismo, utilizada en sus trabajos por Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico* cit., y "La tesis del caso especial y el positivismo jurídico" en *Doxa*, N° 22, 1999, pp. 195-200.

³⁰ Así sucede en importantes trabajos de Aulis AARNIO: *On legal reasoning*, Turun Yliopisto, Turku, 1977, capítulo III; "Philosophical Perspectives in Jurisprudence" en *Acta Philosophica Fennica*, vol. 36, 1983; y más recientemente, *Reason and Authority. A Treatise on Dynamic of Legal Dogmatics*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, 1997. Robert ALEXY concibe como uno de los fines principales de su trabajo sobre teoría de la argumentación el hechar luz sobre el carácter de la dogmática jurídica como disciplina normativa y su pretensión de cientificidad; *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 28, 46 y s. Recuérdese también NINO, Carlos, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Fontamara, México, 1995, y *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, pp.100-129, que se suman a las inquietudes de este autor volcadas en *Introducción al análisis del derecho* y que ya hemos citado. La diferente epistemología jurídica no le resultaba una cuestión menor a Hart. Como indicamos en la nota 9, Hart toma como un punto principal de sus diferencias con Dworkin la concepción de la "Jurisprudencia" del norteamericano frente a su teoría del derecho descriptiva y moralmente neutra. Ya señalamos también que para Bobbio es la diferente "metajurisprudencia" lo que divide al positivismo con el pospositivismo. A su vez, si bien MACCORMICK dedica *Legal Reasoning and Legal Theory* al análisis del discurso judicial, declarándose hartiano en lo que refiere a la concepción de la teoría del derecho, posteriormente irá asumiendo las diferencias en este aspecto que efectivamente lo separan del profesor inglés; ver el prólogo de 1994 en

jurídico como un discurso práctico, cuya racionalidad incluye aspectos de justificación política y moral, encuentra mejor aplicación en la argumentación dogmática que en la desarrollada por los jueces. En efecto, los juristas no están dotados de la autoridad institucional que respalda las interpretaciones que efectúan los tribunales en ejercicio de su competencia sino que la fuerza de sus propuestas interpretativas descansa exclusivamente en la racionalidad de las justificaciones que puedan brindar para sus propuestas interpretativas. Asimismo, la argumentación dogmática no se ve constreñida por las restricciones procesales que se imponen a la argumentación desplegada por los jueces en el marco de controversias judiciales ni está igualmente afectada por las prácticas estratégicas que en un proceso caracteriza a la conducta de las partes y que enmarcan el discurso judicial. Las sentencias tienen que resolver los casos asumiendo las consecuencias jurídicas de aspectos absolutamente contingentes del pleito como pueden ser la defectuosa insinuación de la demanda, la falta de contestación de la misma por la contraparte, la no comparecencia de una de las partes a la citación para producir su confesional, otras formas de mal desempeño de una de las partes en la etapa probatoria, etc. A su vez, en la argumentación de los jueces también pesa la autoridad institucional de sus colegas y superiores.³¹ Hasta los Tribunales supremos son afectados por la fuerza de los precedentes del mismo órgano, con igual o distinta composición. Son los dogmáticos, entonces, cuando llevan adelante una argumentación crítica sobre la solución jurídica más correcta para un caso, los que están más sujetos a las cargas del discurso práctico racional a la vez que están más libres para llevarlo adelante en la mejor forma. En los términos de Alexy, la argumentación que efectúan los juristas en libros, artículos o discusiones académicas es la argumentación jurídica en cuanto tal, con el carácter no institucional y abierto típico de las discusiones científicas así como del razonamiento práctico general. Los mismos autores positivistas confían poco en la racionalidad del discurso judicial, mientras que siempre aspiraron a imprimirle una metodología racional a la dogmática jurídica. En esto hay una común preocupación con sus contendientes no positivistas, sólo que estos últimos proponen para la dogmática una metodología mucho más acorde con las tareas propias de esa disciplina y sobre una concepción de la racionalidad práctica que el positivismo rechaza al fundamentar la exigencia de neutralidad valorativa.

Me es perfectamente posible representarme una reconstrucción no muy dificultosa de obras muy importantes de la dogmática jurídica, conforme a las exigencias de una de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, así como de las otras que venimos tratando. Por dar ejemplos de las áreas dogmáticas que mejor conozco, la obra de los maestros del Derecho laboral argentino: Ernesto Krotoschin, Guillermo Cavanellas, Mario Deveali y Mariano Tissembaum,³² o expresiones destacadas de la doctrina de otros países: *Droit*

Legal Reasoning and Legal Theory; 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, y SCHIAVELLO, Aldo, "Neil MacCormick teorico del diritto e dell'argomentazione giuridica" en *Analisi e diritto*, 1998, pp. 314 y ss.

³¹ Duncan Kennedy produjo un importante estudio sobre estas restricciones que limitan las posibilidades de innovación de los jueces, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, Cambridge- London, 1997, pp. 553 y ss.

³² A la nobleza y genialidad del santafesino Mariano Tissembaum, la cultura argentina también le debe haber recibido la obra de Krotoschin, Cavanellas y Deveali, exilados de los distintos fascismos europeos que se refugiaron en Argentina gracias a la ayuda de Tissembaum.

de la *securité sociale* de Jean-Jaques Dupeyrou,³³ *Droit du travail* de Gérard Lyon-Caen,³⁴ *Il sistema giuridico della previdenza sociale* de Mattia Persiani,³⁵ *Derecho del Trabajo*³⁶ *Instituciones de Seguridad Social*³⁷ de Manuel Alonso Olea, son todos trabajos que podrían re-escribirse haciendo explícitos los principios políticos y morales que sustentan, brindando una justificación de los mismos, y desarrollando todos los momentos de razonamiento práctico en los que estos dogmáticos defienden sus propuestas de solución para los problemas jurídicos que detectan.³⁸ Si a estas imprescindibles obras se las rasurara con la navaja de la epistemología positivista no sólo perderían la barba sino también el rostro y los huesos. La misma *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy³⁹ constituye un magistral ejemplo de la teoría y dogmática constitucional que pone fructíferamente en acto su teoría de la argumentación jurídica.

Hay autores que se declaran positivistas y no obstante aceptan el carácter valorativo del discurso de la dogmática jurídica así como admiten que las argumentaciones racionales que en este ámbito pueden haber resultan dependientes de elementos políticos y morales. Por ejemplo, para Weinberger la Jurisprudencia desarrolla justificaciones prácticas que sólo pueden ser racionales y objetivas en un sentido relativo pues tienen como punto de partida ciertas convicciones de aquello que es moralmente bueno o malo, deseable, útil, etc. Pero reconocer los elementos de elección valorativa presentes en el discurso práctico no le parece conflictivo con postular que la argumentación en la Jurisprudencia puede, y debe, ser racional.⁴⁰ Ferrajoli, por su parte, entiende que la ciencia jurídica cumple tanto una función científica como una función política de crítica del derecho existente y proyección del derecho que debe ser. Encuentra que ello contradice el paradigma kelseniano y weberiano del carácter descriptivo y no valorativo de la ciencia jurídica, pero estas serían ideas que sólo corresponden a un viejo positivismo dogmático y formalista, pudiendo verse entonces al garantismo por él impulsado como un complemento del paradigma positivista.⁴¹ En trabajos más recientes, ha calificado al ideal de una ciencia jurídica descriptiva y avolorativa como epistemología jurídica paleo-positivista, vinculada al paleo-positivismo filosófico, siendo la suya una epistemología garantista, propia de una época que sigue el paradigma constitucionalista, en la que la ciencia jurídica asume la

³³ 13ªed, Dalloz, Paris, 1998.

³⁴ 19ª ed., Dalloz, Paris, 1998.

³⁵ Cedam, Padova, 1960.

³⁶ Universidad Complutense, Madrid, Madrid, 1971.

³⁷ Civitas, Madrid, 1959.

³⁸ Salvando las distancias, con toda humildad, es el tipo de exposición con la que intento cumplir en mis trabajos doctrinarios sobre derecho del trabajo y de la seguridad social.

³⁹ trad. Ernesto Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

⁴⁰ WEINBERGER, Otta, "Objectivity and rationality in lawyer's reasoning" en PECZENIK, Aleksander; LINDHAL, Lars; VAN ROERMUND, Bert (eds.) *Theory of legal science*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1984, pp. 230 y s. También Paolo COMANDUCCI se manifiesta de acuerdo con estas ideas, *Assaggi di metaética*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 52 y ss. Ya he mencionado que Neil MacCormick inicialmente se declaraba hartiano no obstante su concepción del razonamiento jurídico como caso especial del razonamiento práctico, aunque luego fue asumiendo cuánto tienen de diferentes sus posturas al maestro positivista de Oxford.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pp. 28-34 y 67; también *Derecho y razón*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez - Alfonso Ruiz Miguel - Juan Carlos Bayón Mohino - Juan Terradillos Basoco - Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, pp. 873 y s., planteando las diferencias entre iuspositivismo dogmático y garantismo.

insuprimible dimensión pragmática de crítica al derecho vigente y construcción de herramientas superadoras. No se puede desconocer esta dimensión pragmática, afirma Ferrajoli, "... sin comprometer, junto al rol civil y político de la ciencia jurídica, su consistencia lógica y su capacidad explicativa misma."⁴²

No pretendo impugnar el uso del sintagma "positivismo jurídico" para englobar el tipo de posturas referidas en el párrafo anterior, pues ello me podría hacer caer en el esencialismo conceptual de quienes discuten en torno a cuál es el *único* concepto que surge de la realidad o hacerme partícipe de una relación pasional con las palabras como la que en ocasiones parece percibirse en muchos de los contendientes del debate sobre el positivismo jurídico. Lo que sí pongo de manifiesto es que la aceptación de estas tesis sobre una ciencia jurídica valorativa, cuya argumentación es de carácter práctico y se vale de premisas políticas y morales, implica apartarse del positivismo metodológico tal como lo hemos caracterizado más arriba. En este sentido, Bobbio afirmaba que el abandono del ideal de una Jurisprudencia puramente descriptiva y la defensa de la función prescriptiva del jurista en la sociedad, eran características de la metajurisprudencia en una época pospositivista que dejaba de lado la metajurisprudencia normativa del positivismo.⁴³

Puede que se insista en que lo propio del positivismo jurídico es sólo identificar al derecho con normas establecidas por un soberano social y que ello no impide concebir a la argumentación de los juristas como un discurso práctico con pretensiones de racionalidad y vinculado al discurso político y moral. En este caso el positivismo jurídico se reduce a una tesis tan económica que pierde buena parte de su relevancia para discriminar concepciones sobre la ciencia jurídica, pues, como dice Aarnio, un positivismo así de mínimo parece ser común a todos los paradigmas de la dogmática jurídica.⁴⁴ Si en cambio tomamos debidamente en cuenta que el concepto de derecho separado

⁴² FERRAJOLI, L. "La pragmatica della teoria del diritto" en *Analisi e diritto*, 2002-2003, p. 376. Ya hemos indicado la persistencia entre positivistas contemporáneos, como Riccardo Guastini, de la concepción de la tarea del jurista como un estudio descriptivo y no valorativo (ver nota 25), no siendo, entonces, ideas que carecen de sostenedores en la actualidad a pesar que Ferrajoli las llama "paleo-positivista".. Luis Prieto Sanchis es también un autor que se presenta como positivista a la vez que manifiesta compartir en buena medida el modelo de ciencia jurídica de Ferrajoli que no se exima de juicios críticos y denuncias de insuficiente cumplimiento de las promesas de las Constituciones actuales. Defiende, así, un punto de vista para el jurista "moderadamente externo", según sus expresiones, aunque no deja de advertir que resulta problemático reconocer un rol crítico y valorativo al jurista cuando quiere al mismo tiempo respetar, siguiendo las posiciones de Guastini, el ideal de un conocimiento "avalorativo y neutral". La tensión entre considerarse positivista y alentar la labor crítica de los juristas, es puesta en evidencia, pero no resuelta, por L. Prieto: *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª ed., Fontamara, México, 1999, pp. 64 y s.

⁴³ BOBBIO, Norberto "Ser y deber ser en la ciencia jurídica" (1967) en *Contribución a la teoría del derecho* cit., p. 205.

⁴⁴ AARNIO, Aulis "Paradigms in legal dogmatics" en PECZENIK, A.; LINDHAL, L.; VAN ROERMUND, B. (eds.) *Theory of legal science* cit., p. 28, lo que se hace presente con la ya citada expresión: "en la práctica somos todos positivistas". Tomar el concepto de derecho separado de la moral como lo definitorio del positivismo jurídico sí cobraría relevancia frente a tesis como la del iusnaturalismo ontológico o la no-positivista de Alexy cuando plantea una relación conceptual entre derecho y moral. Esta relación definitoria (trazada por ALEXY en *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge Alemán, Gedisa, Barcelona, 1994) abarca la cuestión de las leyes extremadamente injustas y la tesis de la pretensión de corrección como definitoria de todo sistema jurídico. Sobre la primera idea ver las críticas que formula GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, cit., pp. 376 y s. Acerca del carácter definitorio de la pretensión de corrección resulta de interés el debate recientemente publicado en BULYGIN, Eugenio, "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality" en *Ratio Juris*, vol. 13, N° 2, junio 2000, pp. 133-137, y ALEXY, Robert, "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique" *Ibidem*, pp. 138-147.

de la moral es establecido por el positivismo jurídico metodológico dentro de una concepción sobre el estudio del derecho, entonces sí cobran peso las diferencias entre positivistas y no positivistas. Como posturas positivistas encontraremos a quienes siguen concibiendo a la dogmática jurídica como un conocimiento del derecho que se restringe a su descripción y sistematización mediante operaciones lógico-deductivas, permaneciendo autónomo frente a juicios prácticos de carácter político o moral, mientras que participan de posturas no positivistas quienes conciben al razonamiento de los juristas como una argumentación práctica vinculada al discurso político y moral. La adopción de un modelo de ciencia jurídica como saber descriptivo y avalorativo, he intentado mostrar en este trabajo, implicaría el sacrificio de la dogmática jurídica tal como se ha desarrollado en los últimos doscientos años, aún en sus expresiones mejor logradas y consideradas admirables piezas del pensamiento jurídico. La incompatibilidad entre estos modelos de ciencia positivista y las importantes funciones sociales que viene cumpliendo la dogmática jurídica, sumada a la notoria inviabilidad de una aplicación coherente de tales modelos, explica que la vida de la dogmática haya continuado prácticamente indiferente, salvo adhesiones meramente declarativas, a estas insinuaciones de los teóricos positivistas para merecer su aprobación.

Bibliografía

- AARNIO, Aulis, *On legal reasoning*, Turun Yliopisto, Turku, 1977.
- AARNIO, Aulis, "Philosophical Perspectives in Jurisprudence" en *Acta Philosophica Fennica*, vol. 36, 1983.
- AARNIO, Aulis, "Paradigms in legal dogmatics" en PECZENIK, Aleksander; LINDHAL, Lars; VAN ROERMUND, Bert (eds.) *Theory of legal science*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1984, pp. 25-38.
- AARNIO, Aulis, *Reason and Authority. A Treatise on Dynamic of Legal Dogmatics*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, 1997.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge Malem, Gedisa, Barcelona, 1994.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ALEXY, Robert, "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique" en *Ratio Juris*, vol. 13, N° 2, junio 2000, pp. 138-147.
- ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Universidad Complutense, Madrid, 1971.
- ALONSO OLEA, Manuel, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1959.
- ASEFF, Lucía, *Argumentación jurídica y semiósis social*, Juris, Rosario, 2003.
- ASEFF, Lucía, "Sobre la ciencia del derecho" en *La interpretación de la ley y otros textos críticos de teoría general*, Juris, Rosario, 2004, pp. 1-21.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

- BOBBIO, Norberto, "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje" (1948) en *Contribución a la teoría del derecho*, ed. y trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990.
- BOBBIO, Norberto, "Ser y deber ser en la ciencia jurídica" (1967) en *Contribución a la teoría del derecho*, pp. 197-218.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdéz, Fontamara, México, 1992.
- BULYGIN, Eugenio, "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality" en *Ratio Juris*, vol. 13, N° 2, junio 2000, pp. 133-137.
- CÁRCOVA, Carlos, *Teorías jurídicas alternativas. Escritos sobre Derecho y Política*, Centro Ed. de América Latina, Buenos Aires, 1993.
- COMANDUCCI, Paolo, *Assaggi di metaética*, Giappichelli, Torino, 1992.
- CORREAS, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.
- DUPEYROUX, Jean-Jaques, *Droit de la sécurité sociale*, 13ªed, Dalloz, Paris, 1998.
- ENTELMAN, Ricardo, "Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico" en AAVV, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982, pp. 83-109.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez - Alfonso Ruiz Miguel - Juan Carlos Bayón Mohino - Juan Terradillos Basoco - Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, "La pragmatica della teoria del diritto" en *Analisi e diritto*, 2002-2003, pp. 351-376.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La tesis del caso especial y el positivismo jurídico" en *Doxa*, N° 22, 1999, pp. 195-200.
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999.
- GUERRA FILHO, Willis, *Teoría da ciencia jurídica*, Saravia, Sao Paulo, 2001.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1998.
- KAIRYS, David, "Legal reasoning" en KAIRYS, D., *The Politics of Law*, Pantheon Books, New York, 1982, pp. 1-17.
- KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.
- KENNEDY, Duncan, *A critique of Adjudication*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1997.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994.
- LYON-CAEN, Gérard, *Droit du travail*, 19ª ed., Dalloz, Paris, 1998.
- MacCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994.
- MARÍ, Enrique, *Neopositivismo e ideología*, Eudeba, Buenos Aires, 1974.
- MARÍ, Enrique, "Moi, Pierre Riviere ..." y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales" en AA.VV., *El discurso jurídico* cit., Hachette, Buenos Aires, 1982, pp. 53-82.

- NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª. ed. ampliada y revisada, Astrea, Buenos Aires, 1988.
- NINO, Carlos, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994.
- NINO, Carlos, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Fontamara, México, 1995.
- OST, Francois y KERCHOVE, Michel van de, *Jalons pour une theorie critique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987.
- PERSIANI, Mattia, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1960.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª ed., Fontamara, México, 1999.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- SCHIAVELLO, Aldo, "Neil MacCormick teorico del diritto e dell'argomentazione giuridica" en *Analisi e diritto*, 1998, pp. 309-348.
- UNGER, Roberto Mangabeira, *What Should Legal Analysis Become?*, Verso, London-New York, 1996.
- VILLA, Vittorio, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Giuffrè, Milano, 1984.
- VILLA, Vittorio, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1993.
- WEINBERGER, Otta, "Objetivity and rationality in lawyer's reasoning" en PECZENIK, Aleksander; LINDHAL, Lars; VAN ROERMUND, Bert (eds.) *Theory of legal science*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1984, pp. 217-234.